JUGENDLICHE ALS WERKZEUG ZUR BEGEHUNG STRAFBARER HANDLUNGEN

EIN BEITRAG ZUR LEHRE VON DER MITTELBAREN TAETERSCHAFT

INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG DER JURISTISCHEN
DOKTORWUERDE DER JURISTISCHEN
FAKULTÆT ZU ROSTOCK

ACAD. LIBR. BAT. BIBL.

VICTOR LEHMANN
KAMMERGERICHTSREFERENDAR

1911

G. BUSCHHARDT, BERLIN W., BUELOWSTR. 88

BERICHTERSTATTER:
PROFESSOR Dr. WACHENFELD.

MEINEN GUTEN ELTERN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551525_0065

Inhaltsübersicht.

Seite

Benutzte Literatur 6

I. Einleitung 9

II. Ausführung 9

A. Beurteilung der Handlungen Jugendlicher:

§ 1. im Alter bis zu 12 Jahren 9

§ 2. im Alter zwischen 12 und 18 Jahren . 16

B. Menschen als Werkzeug zu strafbaren Handlungen.

§ 1. Das Wesen der Teilnahme 19

§ 2. Das Wesen der mittelbaren Täterschaft 30

a. durch Benutzung eines Willensunfreien 31

1. absolute Willensunfreiheit . . . 31

2. relative Willensunfreiheit . . . 32

b durch Benutzung eines ohne Vorsatz Handelnden 35

c. durch Benutzung eines ohne eine bestimmte zu gewissen Delikten erforderte Absicht Handelnden . . 38

C. Anhang: Lösung der Frage de lege ferenda 43

III. Ergebnisse 46

Lebenslauf 48

Berichtigungen

Benutzte Literatur.

Allgemeine deutsche Strafrechtszeitung Bd. 13.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, II. Berlin, 1907 (zit.: Gesetz, II.)

Beling, Grundzüge des Strafrechts, Tübingen, 1905 (zit.: Gr.)

Bennecke-Beling, Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozessrechts 1900 (zit.: Bennecke-B.)

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1. Aufl. 1857.
dasselbe, 18. Aufl. Leipzig, 1898.
Die Lehre von der Teilnahme, 1847.

Binding, Grundriss des deutschen Strafrechts, I. A. T. 7. Aufl. Leipzig, 1907. (Gr)

Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts, 1890. (Teiln.)

Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, insbesondere die Teilnahme am Verbrechen und die mittelbare Täterschaft nach deutschem und preussischem Recht, Berlin, 1888.

v. Buri, Ueber Causalität und deren Verantwortung, Leipzig, 1873.
„ Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehnngen, Stuttgart, 1885. (Kausalität.)
„ Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen und der Begünstigung, 1860 (Teiln.)

van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, München u. Leipzig, 1891.

Deerberg, Eine strafbare Anstiftung oder Hilfeleistung zu Handlungen, welche von Personen unter 12 Jahren begangen wurden? Diss. Erlangen, 1899.

Dickel, Der Tatbestand des Diebstahls nach heutigem Recht, Diss. Bonn, 1877.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, (RGE.)

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I. 1904.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 5./7. Aufl. Tübingen, 1908.

Fuchs, Das Problem der Strafmündigkeit und die deutsche Strafgesetzgebung, Breslau, 1906.
Der Gerichtssaal, Bd. 24, 25, 26, 28, 29, 30, 38. (zit. Gs.)
Geyer, Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, I. München 1884. (Gr.)
Glaser, Handbuch des Strafprozesses, II. 1885.
Goltdammers Archiv für Strafrecht, Bd. 20, 21, 64. (Goltd.A.)
Graetzer, Mittelbare Täterschaft inbezug auf ihre begriffliche Möglichkeit bei den einzelnen Deliktsklassen, Diss. Erlangen, 1907.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, I. Bonn 1881.
„ System des preuss. Strafrechts, I. 1858. (System.)
v. Helldorff, Die mittelbare Täterschaft und die Verleitung zum Falscheide, Diss. Halle, 1895.
Hermes, Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, Diss. Berlin, 1878.
v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts, II. Berlin, 1871, III. Berlin, 1874 (Holtzendorffs Hb.)
Kohler, Studien aus dem Strafrecht, I. Mannheim, 1890.
„ in den Annalen der Grossherzogl. Badischen Gerichte, Bd. 39.
„ in Goltdammers Archiv.
Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts, 1845.
v. Krafft-Ebing, Lehrbuch der gerichtlichen Psycho-Pathalogie, 2. Aufl. Stuttgart, 1881.
v. Kries, Die Prozessvoraussetzungen des Reichsstrafprozesses, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, V. (ZStW.)
Lassalle, Politische Reden und Schriften, Bd. 3. Herausgegeben von Erich Blum.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16./17. Aufl. Berlin 1908.
Loening, Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, 1885.
Lombroso-Fraenkel, Der Verbrecher in anthropologischer, ärztlicher und juristischer Beziehung, I. 5. Aufl. 1897.
Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, 2. Teil, Berlin, 1904.
„ Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrecht, Berlin, 1893. (subj. Versch.)
Majer, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Diss. Heidelberg, 1905.
Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart, 1889.
H. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 4. Aufl. Erlangen 1888.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 6. Aufl. Leipzig, 1907 (Meyer-A.)

Mössmer, Die mittelbare Täterschaft in gleichzeitiger Berücksichtigung des Hypnotismus, Diss. Erlangen, 1892.

Oetker, Das Verfahren vor dem Schwur- und dem Schöffengericht. III. d. Hb. v. Glaser, Leipzig, 1907. (Glaser-Oetker.)

Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, I. 8. Aufl. Berlin, 1908 (Olshausen.)

Oppenhoff, Die Rechtsprechung des Berliner Obertribunals in Strafsachen.

Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 14. Aufl. Berlin, 1901 (Oppenhoff.)

Otto, Aphorismen zu dem allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches für das deutsche Reich, Leipzig, 1873.

Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen (RGRspr.)

Ronde, Mittelbare Täterschaft, Diss. Erlangen, 1907.

Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin, 1879.

Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 4. Aufl. 1892 (Rüdorff-St.)

Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1874.

v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 1. Aufl. Leipzig, 1879.

v. Slupecki, Die Lehre von den jugendlichen Verbrechern, Diss. Tübingen, 1895.

Thomsen, Das deutsche Strafrecht, Berlin, 1906.

Ullmann, Ueber den dolus beim Diebstahl, Mannheim, 1870.

Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, A. T. Bd. 5 Berlin, 1908.

Wachenfeld, Das Reichsstrafrecht i. v. Holtzendorff-Kohlers Enzykl. Berlin, 1902/04 6. Aufl.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, (ZStW.)

I.

Eine Untersuchung der Frage, ob und inwieweit Jugendliche[1]) als Werkzeug zu strafbaren Handlungen dienen können, ist bedingt durch die Entscheidung zweier Vorfragen: Erstens wird zu erläutern sein die Stellung, welche die Jugendlichen nach geltendem Strafrecht im Vergleich zu erwachsenen Tätern innehaben, d. h. die Frage, welche Bestimmungen in Beziehung auf die Jugendlichen der 4. Abschnitt des Reichsstrafgesetzbuches enthält, der von den Gründen handelt, welche die Strafe ausschliessen oder mildern. Und wenn so die besondere Stellung der jugendlichen Täter den Erwachsenen gegenüber klargestellt ist, wird eingetreten werden müssen in eine Untersuchung der Frage, ob überhaupt Menschen als Werkzeug zur Begehung strafbarer Handlungen benutzt werden können, und in welchen Fällen unser geltendes Recht die Konstruktion einer solchen Begehung strafbarer Handlungen durch menschliche Werkzeuge zulässt.

II.

A. Beurteilung der Handlung Jugendlicher.

§ 1.

Der Einteilung des Reichsstrafgesetzbuches folgend, welches im § 55 Personen, die bei Begehung der Handlung das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, Per-

[1]) So nennen wir der Kürze halber Personen im Alter von weniger als 18 Jahren, obgleich gewöhnlich mit diesem Ausdruck nur die Personen im Alter zwischen 12 und 18 Jahren bezeichnet zu werden pflegen.

sonen, welche das 12., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet haben, jedoch im § 56 behandelt, untersuchen wir zunächst die Stellung der Jugendlichen vom ersten bis zum vollendeten 12. Lebensjahre.

Die Frage der Strafmündigkeit, deren Beantwortung wir uns nunmehr zuwenden, gehört zu den umstrittensten der strafrechtlichen Literatur. Den Anlass der Kontroversen bietet § 55 St G B, welcher lautet:

> „Wer bei Begehung der Handlung das 12. Lebensjahr nicht vollendet hat, kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden."

Ist damit für Kinder unter 12 Jahren ein Schuld- oder nur ein Strafverfolgungsausschliessungsgrund geschaffen?

Die einen stützen sich auf den Wortlaut des Paragraphen und folgern daraus, dass lediglich ein Strafverfolgungsausschliessungsgrund geschaffen werden sollte. Die Gegner erklären eine solche Beweisführung für nicht ausreichend und in der Tat, die Beweisführung wäre schwach, die sich nur auf den blossen Wortlaut einer streitigen Gesetzesstelle stützen könnte. Versuchen wir es also mit Gründen aus der Sache heraus zu einem befriedigenden Ergebnis zu gelangen.

Die amtlichen Motive, sonst oft geeignet, Aufschluss über den Willen des Gesetzgebers zu verschaffen, lassen in diesem Falle in Stich. Sie enthalten einen unlösbaren Widerspruch[1]), wenn sie an der einen Stelle erklären, „das Gesetz kehre dadurch, dass es annehme, der Mensch ermangele bis zu einem gewissen Lebensalter einer strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit überhaupt, zu der deutschrechtlichen Auffassung zurück" und dann wieder von der Festsetzung des 12. Lebensjahres als demjenigen Zeitpunkte reden, bis zu welchem die „strafrechtliche Verfolgung" ausgeschlossen sein soll. Auch aus der Stellung des § 55 im 4. Abschnitte des Strafgesetzbuches („Gründe, welche die Strafe mildern oder ausschliessen") lässt sich nicht folgern, dass lediglich die Strafbarkeit,

[1]) Mot. S. 57.

nicht die Zurechnungsfähigkeit von Kindern unter 12 Jahren in diesem Paragraphen habe ausgeschlossen werden sollen.[1]) Denn im 4. Abschnitt des Strafgesetzbuches findet sich z.B. § 51: „eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden . .," in dem nach herrschender Lehre und ständiger Judikatur des Reichsgerichts gerade ein Schuldausschliessungsgrund enthalten sein soll.

Fragen wir uns jedoch nach dem Zweck der Bestimmungen. Wollte der Gesetzgeber sagen, dass, wer bei Begehung der Handlung noch nicht 12 Jahre alt ist, dem Geisteskranken gleichgeachtet werden solle, dass ihm, wie diesem, die Zurechnungsfähigkeit fehle, oder hat er nur sagen wollen, dass die Zurechnungsfähigkeit beim Jugendlichen unter 12 Jahren sehr wohl vorhanden sein kann, dass aber trotzdem in allen Fällen eine Verfolgung nicht stattfinden solle?

Die Entscheidung dieser Frage erfordert ein genaues Eingehen auf den Begriff der Zurechnungs- (Schuld-) fähigkeit.

Schuld ist „die Verantwortlichkeit des Täters für die von ihm begangene rechtswidrige Handlung."[2]) Sie erfordert Zurechnungsfähigkeit (Schuldfähigkeit) des Täters und Zurechenbarkeit der Tat und kann mit Lucas[3]) als „Beziehung einer strafbaren Handlung auf den Willen des Täters als Ursache" bezeichnet werden.

Was jene Zurechenbarkeit der Tat anbelangt, so ist sie gegeben, wenn die Tat eine strafrechtswidrige und auf einen Täter zurückzuführen ist, welcher Kenntnis der sämtlichen zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Tatumstände und ihrer antisozialen Bedeutung[4]) hatte oder hätte haben müssen. (Dies bei Fahrlässigkeitsdelikten).

Die Zurechnungsfähigkeit des Täters, d. i. seine Schuldfähigkeit, ist im Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen

---

[1]) ebs. RGE Bd. 6 S. 177.
[2]) v. Liszt S 157.
[3]) Subjektive Verschuldung S. 2.
[4]) ähnl. v. Liszt a. a. O.

in den Fällen des § 51 R St G B.[1]) Geistige Gesundheit und ungetrübtes Bewusstsein sind ihre Voraussetzungen. Fehlt eines dieser Elemente in dem Masse, dass die freie Willensbestimmung[2]) ausgeschlossen wird, so liegt keine strafbare Handlung vor, aber auch keine schuldhafte, ja, wie das Reichsgericht[3]) erklärt, fehlt es hier überhaupt an einer strafrechtlich erheblichen Tat. Schon die Beurteilung des Entwurfs von 1843[4]) spricht von an sich strafbaren Handlungen, welche infolge einer gewissen Exception dennoch nicht bestraft werden sollen; die einen seien nicht einmal eigentliche Handlungen, sondern trügen nur „den täuschenden Schein einer Handlung" an sich, wie z.B. die Tat des Wahnsinnigen. Ein solches Tun steht für das Strafrecht auf einer Stufe mit dem Tun eines anderen, vernunftlosen Geschöpfes, z.B. eines Tieres, oder mit einem elementaren Naturereignis. Ob ein Mensch vom Blitz erschlagen wird, oder von einem infolge von Geisteskrankheit der freien Willensstimmung Beraubten, macht strafrechtlich keinen Unterschied; in beiden Fällen ist eine Handlung im Strafrechtssinne nicht vorhanden.

Nachdem wir so den Begriff der Unzurechnungsfähigkeit scharf umrissen haben, sind wir in der Lage, ihn mit dem Tun des Jugendlichen in Beziehung zu bringen, zu prüfen, ob Jugendlichkeit ein Umstand ist, der die Zurechnungsfähigkeit ausschliesst.

---

[1]) Die Definition des Paragraphen bedeutet eine Rückkehr zu den indeterministischen Auffassungen der Zurechnungsfähigkeit, wie sie sich im Cod. Maximil. Bavar. Kap. I § 4, im ALR II 10 § 16, im Gesetzbuch Josefs II. I § 5 finden.

[2]) „Unser ganzes Strafrecht ruht", wie v. Bar Bd. 2 S. 12 ausführt, „solange die Strafe noch irgend ein Uebel, ein Leiden für den Schuldigen enthalten soll, auf der Annahme, dass zwar Motive das menschliche Handeln zu bestimmen vermögen, dass aber gleichwohl ein gewisser Kern oder Rest von Freiheit des Willens vorhanden ist." Ein reiner Determinismus wird nie zu einer konsequenten Lehre der Zurechnungsfähigkeit gelangen können. S. unt.

[3]) RGE Bd. 11 S. 57.

[4]) Gesetzesrevision von 1845 S. 175.

Vorweg sei bemerkt, dass ebenso wie ein Erwachsener, auch ein Nichterwachsener in einem Zustande von Bewusstlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit sich befinden kann, durch den seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen wird. Dann greift hier wie dort die Bestimmung des § 52 RStGB Platz. Setzen wir aber den Fall, dass wir es mit dem durchschnittlich entwickelten Kind im Alter von weniger als 12 Jahren zu tun haben. Sollten in der Tat bei einem solchen unter allen Umständen Unfreiheit des Willens oder Willenlosigkeit anzunehmen sein, oder sind nicht im Gegenteil Fälle denkbar, in denen Kinder von weniger als 12 Jahren mehr Willenskraft und Entschlossenheit an den Tag legen als mancher Erwachsene? Nicht also weil es am Willen fehlt, soll das Kind nicht bestraft werden, sondern aus ganz anderen Gründen, die wir aus § 56 StGB ableiten.

„Ein Angeschuldigter, welcher zu einer Zeit, als er das 12., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, ist freizusprechen, wenn er bei Begehung derselben die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besass."

Wir schliessen: Nach § 56 ist für mehr als 12 Jahre alte Delinquenten jedesmal festzustellen, ob sie die zur Erkenntnis der Strafbarkeit ihrer Handlungen erforderliche Einsicht besassen. Bei noch nicht 12 Jahre alten spricht eine praesumtio iuris et de iure dafür, dass sie diese Einsicht nicht besassen.[1]) Die Einsicht mag in einzelnen Ausnahmefällen schon bei Kindern im Alter von 9 Jahren vorhanden sein; generell präsumiert der Gesetzgeber sie — und nicht mit Unrecht — als dem Kinde fehlend. Damit

[1]) v. Bar II. S. 62 Not. 132 hält eine praesumtio iuris et de iure bezüglich der Zurechnungsunfähigkeit der Jugendlichen unter 12 Jahren für vorliegend, die aber nicht zum Nachteil oder Vorteil anderer Personen wirksam sein könne, so dass der Teilnehmer eines von einem Kinde unter 12 Jahren verübten Deliktes nur als Teilnehmer, nicht als mittelbarer Täter straffällig werden könne, wenn die Untersuchung ergebe, dass das Kind infolge seiner Frühreife einen den Erfordernissen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit entsprechenden Entschluss wirklich gefasst habe.

Diese Auffassung halten wir mit dem Wesen der pr. i. et de i. für unvereinbar.

ist nicht ausgeschlossen, dass das Kind die Einsicht in die Pflicht- und Rechtswidrigkeit seines Tuns hat. Schon das Schulkind von 6 oder 7 Jahren lernt in der Religionsstunde das Gebot „Du sollst nicht stehlen“ und weiss recht gut, dass es Strafe zu erwarten hat, wenn es anderen Kindern ihr Spielzeug fortnimmt. Wenn wir auch zugeben, dass beim Kinde das Wollen in höherem Grade als beim Erwachsenen ein „Widerspiel, Reflex des gegenwärtigen Eindrucks“[1]) ist, wir halten daran fest, dass ein normal entwickeltes Kind wohl weiss, was es tut und in seinem Handeln durchaus nicht auf eine Stufe mit dem Geisteskranken zu stellen ist. Wenn daher § 55 StGB sagt: „Wer bei Begehung der Handlung das 12. Lebensjahr nicht vollendet hat, kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden,“ so soll das, wie aus den angestellten Erwägungen hervorgeht, nicht heissen: Es ist wie im § 51 StGB eine strafbare Handlung, d. h. eine Handlung im Rechtssinne, nicht vorhanden, sondern es soll damit gesagt sein, dass zwar eine an sich strafbare Handlung vorhanden ist, aber eine solche, die wegen des jugendlichen Alters des Täters nicht strafrechtlich verfolgt werden kann. Nicht strafrechtlich, wohl korrektionell oder disziplinarisch, wie der durch die Novelle vom 26. Februar 1876 hinzugefügte Abs. II des § 55 besagt. Eine solche Bestrafung müsste ausgeschlossen sein, wenn das Tun des Kindes mit dem rechtlich irrelevanten Handeln des Geisteskranken auf eine Stufe zu stellen wäre.

An sich könnte, wie das Reichsgericht[2]) richtig hervorhebt, die Erörterung der Frage nach der Bedeutung des § 55 kein besonderes strafrechtliches Interesse beanspruchen, wäre sie nicht von grundlegender Bedeutung für die Beurteilung der Teilnahme dritter strafmündiger Personen. Dem Umstand, dass fortgesetzt Erwachsene mit Kindern unter 12 Jahren zusammen delinquieren, lässt sich auf keine andere Weise in der Rechtsprechung beikommen, als dadurch, dass man im § 55 einen rein persönlichen Strafverfolgungsausschliessungsgrund erblickt.

---

[1]) Herbst, i. Gs. Bd. 29 S. 437.
[2]) RGE Bd. 6 S. 188.

Die Gegner dieser Ansicht finden zwar in den Fällen der Anstiftung von Kindern einen Ausweg, indem sie den Erwachsenen als (mittelbaren) Täter, das Kind als willenloses Werkzeug ansehen, in den Fällen, in denen der verbrecherische Wille und das bewusste Handeln des Kindes klar zutage tritt und der Strafmündige offenbar nur Beihülfe geleistet hat, versagt jedoch die mittelbare Täterschaft, und sie sind infolge der akzessorischen Natur der Teilnahme (siehe unten) genötigt, wegen Fehlens einer Haupttat Straflosigkeit des erwachsenen Gehilfen eintreten zu lassen,[1]) doch gewiss eine höchst unbefriedigende Konsequenz.

Die hier vertretene Ansicht, dass wir es bei Delikten von Jugendlichen im Alter bis zum vollendeten zwölften Lebensjahre mit „straflosen strafbaren Handlungen“[2]) zu tun haben, erweist sich demnach nicht nur als wissenschaftlich und in der Wortfassung des Gesetzes begründet, sondern, wie das letzte Beispiel gezeigt hat, als ein Postulat der Praxis.[3])

---

[1]) vgl. die ständige Rechtsprechnng des Reichsgerichts.

[2]) Olshausen § 47 Not. 6.

[3]) So auch: RGE Bd.6 S 186 u.336; Bd.11 S.58; Bd.19 S. 192 und in Goltd. A. Bd. 64 S. 41; ferner OTr. in Goltd. A. Bd. 20 S. 294; v. Bar, Gesetz, II. S. 61 ff.; Berner, Lehrb S. 81 und 165; Borchert, S. 24 und 103; Bünger in ZStW Bd. 8 S. 579; van Calker S. 36; Glaser-Oetker Bd. 3 S. 131 Not. 9; Herzog in Goltd. A. Bd. 21 S. 163 ff.; und in Gs. Bd. 24 S. 437; Bd. 25 S. 226; Bd. 26 S. 28; Bd. 28 S. 321; Bd. 30 S. 294; Bd. 38 S. 240; allerdings mit anderer Begründung; er leugnet die Existenz von Schuldausschliessungsgründen überhaupt. Ferner: Köstlin, S. 135; Lucas, Subj. Versch. S. 96; Anl. S. 103 ff und 189; Olshausen § 55 Note 5; Oppenhoff § 47 Note 50; § 48 Note 8; Abschn. IV.; Rubo § 48 Note 17; § 55 Note 3; Rüdorff-St. Note la vor § 51; § 55 Note 2; Schütze Lb. S. 95, 155, 160 Note 18; v. Schwarze § 55 Note 6; Slupecki 13 ff.; a. M. Beling, Grundr. S. 54; Bennecke-B. S. 114 Note 4; Binding, Normen, I S. 29; Gr. I S. 99 ff.; Birkmeyer; Teiln. S. 158 und 269; Finger, I S. 214 ff.; S. 334 Note 425, S. 432 Note 437; Frank § 55 Note 1 und 2; Geyer, Gr. I und in Holtzendorffs Handb. Bd. 2 S. 357 ff., S. 395; Glaser, Handb. II. 196 Note 4; Hälschner I S. 219; S. 223 und 398; Kohler S. 114; v. Kries in ZStW V. S. 9 ff.; v. Liszt, S. 165; Note 5 S. 166; Loening, Gr. S. 28; Merkel S. 56; Meyer-Allfeld S. 130 Note 29; S. 185 Note 13; S. 224; Otto § 48 Note 2; Thomsen S. 116.

Halten wir also fest: durch § 55 StGB ist für Personen, die noch nicht das 12. Lebensjahr vollendet haben, lediglich ein Verfolgungsausschliessungsgrund geschaffen.

Das geltende Recht stellt sie nach der richtigen Auffassung der Praxis und zum grossen Teile auch der Wissenschaft nicht auf eine Stufe mit den Geisteskranken, sondern räumt ihnen eine Sonderstellung ein, indem es ihnen in allen Fällen Straffreiheit zusichert, mögen sie mit oder ohne Vorsatz gehandelt haben. Es überlässt also dem Richter, im einzelnen Falle zu entscheiden, ob der Jugendliche als Angestifteter oder als Werkzeug tätig geworden ist.

§ 2.

Was die Jugendlichen betrifft, welche das 12., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet haben, so wird ihre Stellung im Strafrecht durch den § 56 StGB geregelt: „Ein Angeschuldigter, welcher zu einer Zeit, als er das 12., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, ist frei zu sprechen, wenn er bei Begehung derselben die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besass."

Für die Beurteilung der Handlungen Jugendlicher zwischen 12 und 18 Jahren kommt es also darauf an, ob sie zur Zeit der Begehung der Tat die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besassen.

Diese „Einsicht" ist nach den Motiven[1]) an die Stelle des Unterscheidungsvermögens im § 42 PrStGB (Discernement im Code pénal Art. 66) getreten. Es ist sehr bestritten, ob darunter ein materielles oder ein rein prozessuales Privileg der Jugendlichen zu verstehen ist. Nach den Motiven zu § 54 RStGB[2]) ist es derjenige Grad von

[1]) Mot. S. 58.
[2]) Mot. ebenda.

Verstandesentwickelung, welcher notwendig ist, um die Strafbarkeit der konkret begangenen Handlung und der sie als eine strafbare charakterisierenden Merkmale zu erkennen. Von ihr soll, wie im gemeinen Recht vom plenus intellectus, die volle Zurechnung der Tat bei dem jugendlichen Verbrecher abhängig gemacht werden. Hieraus geht deutlich hervor, dass mit der Feststellung der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht ein in der Zurechnungsfähigkeit nicht enthaltenes Moment verlangt wird, die Jugendlichen also materiell günstiger gestellt werden sollen als die Erwachsenen.

Diese Anschauungen des Gesetzgebers als irrig zu bezeichnen, wie es Fuchs[1]) tut, und dem Gesetzgeber den Vorwurf zu machen, dass er sich über die Bedeutung der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht in ihrem Verhältnis zur Zurechnungsfähigkeit nicht klar gewesen sei, halten wir für unberechtigt. Fuchs[2]) will einen Widerspruch darin sehen, dass es in den Motiven zum Entwurf von 1869 heisst, der Begriff des Unterscheidungsvermögens sei wesentlich verschieden von dem der Zurechnungsfähigkeit und in den Motiven[3]) zu § 51, „dass das Recht des Staates zu strafen darauf beruht, dass der gereifte und geistig gesunde Mensch ausreichende Willenskraft habe, um verbrecherischen Anreizungen zu widerstehen.“ Das Mindestmass dieser Reife könne nur die bei dem Jugendlichen ausdrücklich verlangte zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Reife sein. Diese Folgerung ist nicht schlüssig. „Gereift“ mit „geistig gereift“ zu identifizieren liegt kein zwingender Grund vor. Der gereifte und geistig gesunde Mensch ist nichts anderes als der Mensch von mehr als 18 Jahren, bei dem nicht durch einen Zustand von Bewusstlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit die freie Willensbestimmung ausgeschlossen ist. Ein weiterer Grund, der dafür spricht, die Einsicht als materielles Privileg der Jugendlichen aufzufassen, ist die verschiedene Wortfassung der §§ 51 und 56.

---

[1]) S. 28.
[2]) a. a. O.
[3]) S. 56.

Beim Fehlen der Zurechnungsfähigkeit ist nach § 51 „eine strafbare Handlung nicht vorhanden," beim Fehlen der Einsicht tritt nach § 56 Freisprechung ein. Endlich muss nach § 298 StPO. ausser der Schuldfrage an die Geschworenen eine Nebenfrage nach der Einsicht des Angeklagten gestellt werden; diese kann verneint, jene bejaht werden, woraus zwingend folgt, dass die Einsicht nicht ein Element des Begriffs der Zurechnungsfähigkeit ist. Vielmehr ist sie ein zur Zurechnungsfähigkeit noch hinzutretendes ingrediens, welches erforderlich ist, um beim Jugendlichen Strafe zu begründen. Die Einsicht erfordert nicht, dass der Täter im einzelnen Falle wirklich die Strafbarkeit seines Tuns erkannt oder dass er die Höhe der angedrohten Strafe gewusst habe, sondern nur, dass er im Stande war, zu erkennen, „dass seine Pflicht die Unterlassung dieser speziellen Handlung fordere und er durch die Begehung der letzteren sich einer Kriminalstrafe aussetze."[1])

Nach diesen Darlegungen ergibt sich, dass die Prüfung der Einsicht im einzelnen Falle nicht ein prozessuales, sondern ein materielles Privileg der Jugendlichen ist.[2])

Daher hört eine strafbare Handlung deshalb, weil sie von einem Jugendlichen zwischen 12 und 18 Jahren begangen wird, dem die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht mangelt, nicht auf, eine strafbare Handlung zu sein. Ebenso verhält es sich aber, wie wir im ersten Teile der Arbeit sahen, mit den Handlungen Jugendlicher im Alter bis zu 12 Jahren. Ein wesenhafter Unterschied im Deliktscharakter von Handlungen Jugendlicher bis zu 12 Jahren und solcher zwischen 12 und 18

---

[1]) So: RGE. Bd. 5 S. 395; Bd. 15 S. 97; Bd. 33 S. 108; ferner: RGE. Bd. 31 S. 161, welche RGE. Bd. 29 S. 99 formell aufgibt. Ferner: RGRspr. Bd. 5 S. 512.

[2]) So auch: RGE. Bd. 27 S. 392; Bd. 29 S. 98; Bd. 33 S. 298; RGRspr. Bd. 4 S. 109; ebenso Frank § 56 III; v. Lilienthal, Vgl. Darst. A. T. Bd. 5 S. 110 ff; Olshausen § 56 Not. 8; Oppenhoff IV Not. 3; Rüdorff-St. § 56 Not. 6; Rubo § 56 Not. 3; a.M. v.Bar, Gesetz, II. S. 18; Berner, Lb. S. 81; Finger I S. 216; Geyer I 127; Hälschner I S. 223; v. Liszt S. 166; Merkel S. 56; Meyer-A. S. 130 Not. 29.

Jahren, gleich ob diese die zur Erkenntnis der Strafbarkeit ihrer Handlungen erforderliche Einsicht besitzen oder nicht, ist also nicht vorhanden. Alle diese Handlungen stehen nicht auf einer Stufe mit den Handlungen Geisteskranker, es sei denn, dass im einzelnen Falle die Voraussetzungen des § 51 StGB. erfüllt sind.

Damit ist gesagt, dass Handlungen jugendlicher Personen hinsichtlich ihres Deliktscharakters den Handlungen erwachsener Personen völlig gleichstehen, wenn auch durch § 55 StGB. die Verfolgung von Kindern unter 12 Jahren ausgeschlossen und in § 56 StGB. die Verurteilung jugendlicher Täter zwischen 12 und 18 Jahren vom Vorhandensein der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht abhängig gemacht ist.

B.

Menschen als Werkzeuge strafbarer Handlungen.

§ 1.

Ist aber der Deliktscharakter von strafbaren Handlungen Jugendlicher und Erwachsener derselbe, so wird die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Jugendliche als Werkzeuge zur Begehung strafbarer Handlungen benutzt werden können, die weitere Frage mitumfassen müssen, inwieweit Erwachsene, oder besser, inwieweit überhaupt Menschen als Werkzeuge zur Begehung strafbarer Handlungen benutzt werden können. Und da wird folgendes zu sagen sein:

Täter einer strafbaren Handlung ist derjenige, welcher „den gesetzlichen Tatbestand des Verbrechens allein verwirklicht.“[1]) Dieb ist also, wer eine fremde bewegliche Sache einem andern in der Absicht wegnimmt, sie sich

[1]) v. Liszt S. 218.

rechtswidrig zuzueignen,[1]) Mörder, wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wenn er die Tötung mit Ueberlegung ausgeführt hat.[2])

Man braucht aber einen mit Strafe bedrohten Erfolg nicht nur dadurch herbeizuführen, dass man ausschliesslich in eigener Person das zu seiner Hervorbringung Erforderliche bewerkstelligt, sondern man kann es auch dadurch, dass man sich an der von einem andern begonnenen oder vollendeten Ausführungshandlung beteiligt. Auch in diesem Falle wirkt man durch sein Tun auf den Erfolg hin, der Erfolg steht nicht nur zur Tätigkeit des Täters, sondern auch zu der des Teilnehmers im Verhältnis von Ursache und Wirkung, im Kausalzusammenhang.

Ein Kausalzusammenhang liegt nämlich immer dann vor, wenn mehrere Ursachen zu einem Erfolge in der Weise zusammenwirken, dass keine weggedacht werden kann, ohne dass dadurch das Zustandekommen des Erfolges in Frage gestellt würde. Jeder Erfolg hat unendlich viele Ursachen, denn, ist für einen Erfolg A auch bloss die eine unmittelbare Ursache B erkennbar, diese Ursache B muss ihrerseits wieder auf eine vorhergehende Ursache C zurückzuführen sein, diese auf eine Ursache D und so fort. Von allen diesen Ursachen erzeugt jede vorhergehende die nachfolgende, eine spätere — z.B. B — ist ohne eine frühere — z. B. D — nicht denkbar. Ebenso ist auch der Enderfolg nicht denkbar ohne das Zusammenwirken sämtlicher auf ihn hinzielenden Ursachen ad infinitum. Damit ist die Gleichwertigkeit aller Verursachungen (Bedingungen) für das Strafrecht ausgesprochen. Jeder einzelne in ein Gefäss geschüttete Tropfen ist, der erste wie der letzte, in gleicher Weise dafür Ursache, dass das Gefäss schliesslich gefüllt wird oder überläuft. Demnach gibt es keine „Unterbrechung des Kausalzusammenhangs“ im rechtlichen Sinne, auch nicht durch das Dazwischentreten frei handelnder Personen. Wie dieser Ausdruck aufzufassen ist, darüber vgl. unten. Die Frage,

[1]) § 242 StGB.
[2]) § 211 StGB.

ob die Tätigkeit eines Menschen für einen bestimmten Erfolg kausal gewesen ist, wird man am besten beantworten können, wenn man nach dem von Glaser aufgestellten, von v. Buri eifrig vertretenen Satze verfährt: „Man denke sich die Tat des Menschen, welche eine Verantwortlichkeit für ein späteres Ereignis begründen soll, als nicht geschehen. Zeigt sich dann, dass das Ereignis nicht eingetreten wäre, so ist jene Tat als Ursache zu betrachten.[1])

Wollte man nun aber für jede menschliche Handlung, die sich dieser Art als condicio sine qua non für einen bestimmten Erfolg erwiese, ihren Verursacher strafrechtlich verantwortlich machen, man geriete ins Uferlose. Der Begriff der physischen Ursächlichkeit ist ein so weitgehender, dass z.B., wie Hermes[2]) ausführt, die physischen Ursachen einer Tötung nicht nur im Täter, sondern auch in allen seinen Ascendenten, ferner in der Person des Getöteten und seiner Vorfahren beruhen. Um ihn für das Strafrecht fruchtbar zu machen, muss man daher den Begriff des physischen Ursächlichkeit eine Einschränkung erfahren lassen, aber nicht in dem Sinne, dass man einen neuen spezifisch strafrechtlichen Kausalitätsbegriff schafft; das hiesse den vorhandenen tatsächlichen Verhältnissen mittels einer Fiktion Gewalt antun. Sondern man wird, um den Verursacher eines Erfolges strafrechtlich zur Verantwortung ziehen zu können, ausser der Frage nach der Verursachung die Frage nach der Verschuldung[3]) zu stellen, d.h. zu untersuchen haben, ob der Erfolg dem Verursacher wirklich zur Schuld zuzurechnen, von ihm vorsätzlich oder fahrlässig und im Widerspruch zu den Strafgesetzen herbeigeführt ist. Die logische Folgerung dieser Lehre ist, dass man jeden, der schuldhafterweise zu einem verbrecherischem Erfolge hingewirkt hat, als Urheber des Erfolges bestraft, dass man also alle Teilnehmer einer Straftat, Anstifter, Mittäter, Gehilfen, in gleicher Weise, als Täter,

---

[1]) zit. bei v. Bar, Gesetz, II. S. 164.

[2]) S. 6 Anm. 5.

[3]) Die Frage nach der Verschuldung ist streng zu trennen von der Frage nach dem Kausalzusammenhang. Vgl. Hälschner, I S. 227 Not. 1 und von Liszt, S. 126 Not. 2.

zur Rechenschaft zieht. Ein juristischer Unterschied zwischen der Tätigkeit mehrerer zu einer strafbaren Handlung zusammenwirkender Personen, Mittäter und Teilnehmer, besteht demnach nicht. Soll trotzdem, um die Möglichkeit einer verschiedenen Bestrafung der einzelnen Teilnehmer zu schaffen, ein solcher Unterschied konstruiert werden, so muss er, da er auf der objektiven Seite nicht denkbar ist, auf der subjektiven Seite liegen, d. h. er muss in der Willensrichtung der einzelnen an einer strafbaren Handlung Beteiligten begründet sein. Wollen sie die Tat als ihre eigene, so sind sie Täter, bezw. Mittäter, wollen sie die Tat als fremde, wollen sie nur die Tat eines andern herbeiführen oder fördern, so sind sie Anstifter oder Gehilfen. Dieses ist der Standpunkt der subjektiven Teilnahmetheorie, wie sie früher von Berner[1]) Köstlin,[2]) Hälschner,[3]) dann vornehmlich von v. Buri[4]) vertreten wurde.

Die Buri'sche Kausalitätstheorie, die den Unterschied zwischen Ursache und Bedingung leugnet, und innerhalb der Bedingungen wiederum jeden wesentlichen Unterschied in Abrede stellt, vielmehr jede Mitwirksamkeit zum Erfolge als Verursachung des Erfolges ansieht, ist zur herrschenden Lehre geworden und wird in der Praxis von den Strafsenaten des Reichsgerichts in ständiger Rechtsprechung, in der Theorie insbesondere von Beling,[5]) Finger,[6]) Frank,[7]) v. Liszt,[8]) Olshausen,[9]) vertreten.

Die Teilnahmetheorie, die v. Buri auf Grund seiner Kausalitätslehre mit ausschliesslicher Betonung des Willenselementes entwickelt, ist vom Standpunkt der subjektiven

---

[1]) Teiln. S. 171 ff. 234 ff. Lb. 1. Ausg. § 108.

[2]) Revision, §§ 130, 133 ff.

[3]) System, 1858 I S. 313 ff.

[4]) Teiln. 1860 insbes. aber: Kausalität, 1873 S. 101—135; und Kausalität 1885 S. 38—71, vgl. ausserdem zahlreiche Anfsätze im Gerichtssaal und in Goltdammers Archiv.

[5]) S. 38.

[6]) I S. 275.

[7]) § 1 III.

[8]) S. 126 ff.

[9]) Teil I Abschnitt 3 Not. 2.

Kausaltheorie aus logisch notwendig. Das gibt selbst Birkmeyer, der Hauptvertreter der entgegengesetzten (objektiven) Teilnahmetheorie[1]) zu. Sie steht aber im Widerspruch zu den von der Teilnahme handelnden Paragraphen des Reichsstrafgesetzbuches; darüber darf man sich keiner Täuschung hingeben, und diese Tatsache wird auch von v. Liszt[2]) und sogar von v. Buri[3]) unumwunden zugestanden. Nach geltendem Recht bewirkt die freie und vorsätzliche Tat eines zurechnungsfähigen Haupttäters eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs[4]) und den „Eintritt einer neuen und selbständigen Kausalkette."[5])

Hier klafft ein Widerspruch, über den auch die gegnerischen Theorie hinwegzuhelfen nicht imstande sind. Weder vermag Birkmeyer mit seiner Theorie der überwiegenden Ursache und des teilbaren Erfolges[6]) noch v. Bar und die auf ihm fussende Lehre der adäquaten Verursachung[7]) zu befriedigenden Lösungen zu gelangen, jener nicht, weil seine Unterscheidung zwischen Ursache und Bedingung im Gesetz nicht die geringste Stütze findet, dieser nicht, weil er einen „Kausalzusammenhang im rechtlichen Sinne" konstruiert, der verschieden sein soll vom „Kausalzusammenhang im natürlichen Sinne."

---

[1]) Teilnahme S. 9.

[2]) S. 128.

[3]) Kausalität 1885 S. 42; „Dass nun aber die neuere Kausalitätslehre mit ihren Konsequenzen von dem Strafgesetzbuch nicht anerkannt wird, ergibt sich schon daraus, dass sie z.Zt. seiner Entstehung noch zu wenig in Geltung war, um von ihm berücksichtigt werden zu können;" u. a.

[4]) Näheres über diesen verfehlten, aber eingebürgerten Ausdruck s. unten.

[5]) v. Liszt a. a. O.

[6]) Wer eine Ursache setzt, sei Täter. Wer eine blosse Bedingung setzt, sei Gehülfe; v. Bar führt diese Theorie folgendermassen ad absurdum: Da Ursache nach Birkmeyer die überwiegende Bedingung ist, kann blosse Hülfe nie Ursache sein, der Gehülfe soll also verantwortlich gemacht werden für den Erfolg, den er überhaupt nicht verursacht hat, der Mittäter aber für den gesamten Erfolg, obschon er ihn nur zu einem Teile verursacht hat. Vgl. v. Bar, Gesetz, II S. 600 Not. 31d.

[7]) Namentlich vertreten von v. Kries, seit 1886.

Es führt eben keine Brücke von der einzig folgerichtigen und durch ihre Einfachheit bestechenden Kausaltheorie v. Buri's zu den Bestimmungen des geltenden Strafgesetzes, und uns bleibt nur übrig, die Rechtssätze des Strafgesetzbuches sinngemäss zu interpretieren und dementsprechend anzuwenden.

Das Strafgesetzbuch regelt in den §§ 47—50 die Teilnahme und begreift darunter Mittäterschaft, Anstiftung und Gehilfenschaft Für die vorliegende Arbeit interessiert uns davon in erster Reihe die Anstiftung. Denn wir haben es uns zur Aufgabe gemacht, zu untersuchen, ob und unter welchen Voraussetzungen man eine strafbare Handlung unter Benutzung eines andern als Werkzeug begehen kann, und zur Beantwortung dieser Frage ist von den Teilnahmeformen des Strafgesetzbuches einzig die Anstiftung heranzuziehen. Anstiftung ist gemäss § 48 StGB. die vorsätzliche Bestimmung eines Andern zu einer von ihm vorsätzlich begangenen strafbaren Handlung, nach geltendem Recht ist sie also unselbständige Teilnahme an der Tat eines andern.[1])

Kohler[2]) freilich leugnet die akzessorische Natur der Anstiftung auch de lege lata, weil Teilnahme an fremder Schuld eine Teilnahme an fremder Verantwortlichkeit involvieren würde. Erstens sei ein solcher Bruch in das individualistische Prinzip des heutigen Strafrechts nicht geboten, und zweitens betone § 50 StGB. richtig den Gedanken des persönlichen Charakters der Verantwortlichkeit.

Die notwendige Folge dieser Auffassung der Anstiftung als Selbstbegehung der Tat in mittelbarer Täterschaft wäre es, in allen Fällen, in denen die Tat nicht oder nicht vollständig zur Ausführung gelangt, den Anstifter wegen versuchter Begehung zu bestrafen. Denn nicht mit des Täters, sondern mit seiner eigenen Tätigkeit, die mit der Beeinflussung des Täters abgeschlossen wäre, begönne die Strafbarkeit des Anstifters, so dass, wenn der Täter

[1]) So v. Liszt S. 224 und die herrschende Meinung.
[2]) Studien S. 106 ff.

die Tat nicht zur Ausführung bringt, der Anstifter immerhin wegen versuchter (mittelbarer) Täterschaft strafbar wäre.[1])

Wir können uns jedoch der Kohler'schen Ansicht nicht anschliessen.

Wir sehen vor allem in der akzessorischen Natur der Anstiftung gar keinen Bruch in der Prinzip der Verantwortung für eigene Schuld. Der Anstifter ist nicht strafbar wegen der Handlungen des Angestifteten, sondern wegen seiner eigenen, nämlich der Tätigkeit des Anstiftens. Diese eigene Tätigkeit des Anstifters wiederum ist allerdings nur strafbar, wenn sie den Erfolg hatte, dass der Angestiftete eine strafbare Handlung auch wirklich beging, weil nämlich nur in diesem Falle der Gesetzgeber ein Interesse daran hat, die Anstiftung zu bestrafen, und weil das Wesen der Anstiftung gerade darin besteht, dass sie einen anderen in schuldhaftes Tun verstrickt. Was § 50 StGB. betrifft, so regelt er allerdings die Verantwortung der Einzelnen nach ihrem Verhältnis zur Tat. Mehr können wir jedoch aus ihm nicht herauslesen. Er spricht nur von Erhöhung oder Verminderung der Strafbarkeit einer Handlung, und insoweit pflichten wir Kohler bei, als er die Höhe der Schuld als Sache der Einzelnen ansieht. Aber eben nur die Höhe der Schuld, immer vorausgesetzt, dass eine Schuld überhaupt vorhanden ist. Die schuldbegründenden und schuldaufhebenden Umstände sind, gemäss § 50 StGB., wenn sie auch lediglich beim Täter vorliegen, den Teilnehmern sehr wohl zuzurechnen, und dies ist der entscheidende

[1]) Auf einem Denkfehler beruht es, wenn Deerberg S. 16 es unternimmt, zwischen unbeendetem Versuch -- misslungener Anstiftung: die Beeinflussung des Täters war erfolglos — und beendetem — gelungener, aber resultatloser Anstiftung: der Täter hat sich bestimmen lassen, die Tat ist aber nicht zur Ausführung gelangt — zu unterscheiden. In beiden Fällen liegt bei der Auffassung der Anstiftung als selbständiger Begehung in mittelbarer Täterschaft beendeter Begehungsversuch auf seiten des Anstifters vor, sobald er das seinerseits Erforderliche dazu getan hat, den Anzustiftenden vorsätzlich zu bestimmen. Auf den groben Fehler, den Deerberg a. a. O. begeht, indem er unbeendeten Versuch mit Vorbereitungshandlung verwechselt, sei hier nicht näher eingegangen.

Grund, weswegen wir die Anstiftung nicht als mittelbare Täterschaft, sondern als eine unselbständige, von der Tat eines andern abhängige Form der Teilnahme ansehen.[1])

Die Anstiftung erfordert eine freie und vorsätzliche Handlung eines zurechnungsfähigen Täters, zu der dieser von einem anderen vorsätzlich bestimmt wurde. Demzufolge hat das geltende Recht den Anstifter nicht als Verursacher des Enderfolges aufgefasst, nicht ihm schreibt es die Herbeiführung des Erfolges zu, sondern einem auf Grund freier Entschliessungen handelnden Täter. Diese Auffassung der Anstiftung führt v. Liszt[2]) ganz richtig darauf zurück, dass es dem Gesetzgeber als mit der Willensfreiheit unvereinbar erschienen sei, den Anstifter als intellektuellen Urheber der Straftat, den Angestifteten als gefügiges Werkzeug in seiner Hand aufzufassen. Ohne eine solche Freiheit des Willens ist, wie schon oben dargelegt, kein Strafrecht denkbar. Wie wollte man einen Menschen zur Rechenschaft ziehen, wenn er doch, wie der Determinismus annimmt, nicht anders handeln konnte als er gehandelt hat? Wenn ihm jede Kraft fehlt, den tausenden Versuchungen, die von aussen auf ihn einstürmen, zu widerstehen? Wenn er keinen inneren Halt besitzt, der ihn befähigt, das für gut Erkannte zu tun und das Böse zu lassen? Jede Strafe verlöre ihren Sinn. Denn verdient der eine Strafe, der so handelte, wie er musste, den unverrückbaren Gesetzen gehorchend, ein willenloses Werkzeug der auf ihn einwirkenden Energie geworden? Und auch den Zweck, zu bessern, hätte die Strafe nicht mehr, wenn man die Idee der Willensfreiheit preisgeben und die Konsequenzen des Determinismus zu Ende denken wollte: der, den die Strafe trifft, handelt ja im Grunde

[1]) So die gemeine Meinung: Berner, Lb. § 84,10; Binding Gr. I S. 161 ff. Birkmeyer, Teiln. S. 144 ff.; Borchert S. 51; Finger I S. 343; Geyer Gr. I S. 137; Hälschner I S. 398; v. Liszt S. 224; Loening: „Ungleichartig akzessorische Teilnahme", S. 95; Olshausen § 48 Not. 1, § 49 Not. 1; Oppenhoff § 48 Not. 7; Rubo S. 433; Schütze S. 151; RGE. 11 S. 59; 18 S. 419; 21 S. 14; 25 S. 400; 31 S. 396; a. M. Kohler, Studien, S. 106, 110 und in Goltd. 55 S. 1 ff.; v. Schwarze zu § 15, sowie Binding de lege ferenda.

[2]) Lehrbuch S. 215.

garnicht, es handeln durch ihn Kräfte, deren Wirken er sich nicht entziehen kann; und diese Kräfte würden durch Strafen schwerlich davon abgehalten werden, auch fernerhin auf den Bestraften einzuwirken.

Das Strafrecht kann sich also nicht auf den Standpunkt des Determinismus stellen, muss vielmehr von der Annahme einer gewissen Willensfreiheit ausgehen.

Das hat der Gesetzgeber erkannt und deshalb hat er auch den äussersten Konsequenzen der Buri'schen Kausaltheorie, die alle Bedingungen eines Erfolges, folglich auch alle Teilnahmetätigkeiten für gleichwertig erklärt, die Spitze abgebrochen, indem er den Angestifteten nicht als Werkzeug des Anstifters betrachtet, sondern diesen als unselbständigen Teilnehmer an der Tat jenes.

Wenn v. Liszt[1]) jedoch so weit geht, zu behaupten, das geltende Recht nehme eine „Unterbrechung des Kausalzusammenhangs" zwischen der Handlung des Anstifters und dem Erfolge durch die freie und vorsätzliche Handlung des zurechnungsfähigen Täters an, so können wir ihm hierin nicht beipflichten.

Gewiss, in der Regel wird der Kausalzusammenhang durch die freie und vorsätzliche Handlung eines zurechnungsfähigen Täters unterbrochen.[2]) v. Bar[3]) gibt folgendes Beispiel: „Wenn A ein Gewehr unvorsichtig dahin stellt, wo es leicht durch Entladung Schaden anrichten und insbesondere anderen in die Hände kommen kann, und B mit dem Gewehr vorsätzlich den C erschiesst, so würde, falls man A für diese Tötung — sc. wegen Fahrlässigkeit — verantwortlich machen wollte, ebenso zu entscheiden sein, wenn es sich nicht um ein geladenes Gewehr, sondern um eine Sense, eine Axt, ja, um ein Messer handelte und mit einem dieser Gegenstände das Verbrechen

[1]) a. a. O.

[2]) Um noch ein vorletztes Mal diesen Ausdruck zu gebrauchen. In der Sache widerspricht das hier Vorgebrachte nicht dem oben Gesagten. Vgl. dazu weiter unten.

[3]) Gesetz, II S. 219.

verübt würde.“ Hier haben wir ein eklatantes Beispiel für eine „Unterbrechung des Kausalzusammenhangs,“ die auch die Anhänger der Buri'schen Kausalitätslehre anerkennen müssen, insofern, als zwar rein äusserlich betrachtet der B den C nicht mit dem Gewehr des A hätte erschiessen können, wenn A das Gewehr nicht liegen gelassen hätte. Auf einer ähnlich entfernten Stufe der Kausalität wie A steht aber z. B. der Büchsenmacher, der das Gewehr angefertigt hat, denn hätte er es nicht . . . usw. Es liegt hier jedoch, wenn auch Beide Ursachen der Tötung gesetzt haben, nur ein Verschulden des B, nicht des A vor; richtiger ausgedrückt: es ist nicht der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des A und dem eingetretenen Erfolge, sondern es ist die Zurechenbarkeit des Erfolges unterbrochen. Denn A konnte und musste die nachfolgende vorsätzliche Handlung eines Zurechnungsfähigen nicht in Rechnung ziehen.[1])

Dieser Fall unterscheidet sich aber wesentlich von der Anstiftung.

War dort die Zurechenbarkeit der Tat durch die freie und vorsätzliche, nicht vorhersehbare Handlung eines Zurechnungsfähigen unterbrochen, so ist die Anstiftung gerade auf die freie und vorsätzliche Tat eines zurechnungsfähigen Täters abgestellt. Nicht nur ist der Kausalzusammenhang zwischen Anstiftung und Tat nicht unterbrochen, denn der Anstifter war sowohl psychisch wie physisch kausal für den Entschluss des Täters, es sei denn, dass dieser schon ohnehin zur Tat entschlossen war, auch die Zurechenbarkeit des Erfolges ist nicht unterbrochen: dem Angestifteten ist er als dem Täter, dem Anstifter kraft positiven Rechts als demjenigen zuzurechnen, der „einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung . . . vorsätzlich bestimmt hat.“

Zugegeben werden muss allerdings, dass der Anstiftung eine eigentümliche Doppelnatur eigen ist, da sie einmal als psychische Infizierung, Hervorrufung verbre-

[1]) Wohl dagegen die eines Unzurechnungsfähigen; s. unten.

cherischer Entschlüsse in einem anderen bestraft wird, aber andererseits nur bestraft wird, wenn der andere seine verbrecherischen Entschlüsse auch wirklich zur Ausführung gebracht hat, und sei es auch bloss zur versuchten.

Diese Doppelnatur der Anstiftung darf aber nicht dazu führen, in ihr, wie Kohler es tut, eine mittelbare Täterschaft, oder umgekehrt, wie v. Liszt es tut, unter Verneinung jeglicher Kausalität nichts is eine unselbständige Teilnahme an fremder Tat zu erblicken.

Fassen wir die Erfordernisse der Anstiftung nach geltendem Recht noch einmal zusammen, so finden wir: Anstiftung ist die vorsätzliche Bestimmung eines andern zu der von ihm vorsätzlich begangenen strafbaren Handlung; sie ist vorsätzliche Bestimmung zu vorsätzlicher Begehung; ist nicht Selbsttäterschaft unter Benutzung eines anderen als Werkzeug, sondern vorsätzliche Bestimmung zur Selbstbestimmung.

Fehlt eines dieser Erfordernisse, so kann von Anstiftung nicht mehr die Rede sein.

Trotzdem gibt es eine Reihe von Fällen, in denen einer vorsätzlich einen anderen zur Begehung mit Strafe bedrohter Handlungen veranlasst, die aber nicht als Anstiftung anzusehen sind, weil entweder der Veranlasste die strafbaren Handlungen nicht vorsätzlich begeht, oder weil er der Fähigkeit, strafbare Handlungen zu begehen — der Zurechnungsfähigkeit — überhaupt ermangelt, oder weil in jenem besonderen Falle die Handlung für ihn keine strafbare ist. Nach den Ausführungen dieses Abschnittes der Arbeit leuchtet ein, dass alle diese Fälle nach geltendem Recht nicht als Fälle der Anstiftung zu bezeichnen sind. Wie sie sich dennoch strafrechtlich darstellen, als welche Schuldform einzig sie zu ahnden sind, darüber wird der folgende Abschnitt Aufschluss zu geben haben.

§ 2.

Nach dem bisher Gesagten ergibt sich, dass als Täter einer strafbaren Handlung zu betrachten ist, wer für ihre Begehung kausal gewesen ist und dabei mit derjenigen Willensschuld gehandelt hat, die für ihn eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründet. Dass der Täter nicht aufhört, Täter zu sein, auch wenn er sich zur Ausführung der Tat eines Werkzeuges, also eines Dolches zur Tötung, eines Knüppels zur Körperverletzung bedient, ist eine der wenigen Tatsachen, die in der gesamten Rechtswissenschaft von keiner Seite bestritten werden. Nicht anders gestaltet sich die rechtliche Beurteilung einer Tat, die jemand unter Benutzung einer tierischen oder mechanischen Kraft ausführt; so dass also z. B. als Dieb zu bestrafen ist, wer sich von seinem Hunde fremde Sachen apportieren lässt, in der Absicht, sie sich rechtswidrig zuzueignen, oder dass eine Körperverletzung begeht, wer einen anderen mit einem Zweirade überfährt, dadurch zu Falle bringt und körperlich verletzt.

Nicht anderes aber als die Benutzung einer tierischen oder mechanischen Kraft bedeutet es für das Strafrecht, wenn der Täter „sich einer fremden Hand zur Ausführung einer Tat bedient:“[1]) Er haftet dann nämlich ebenso, wie wenn er selbst unmittelbar sie ausgeführt hätte.

Wir sind beim Begriff der mittelbaren Täterschaft angelangt, die immer dann vorliegt: wenn für einen strafbaren Erfolg nicht der als Täter haftet, der ihn unmittelbar, physisch, herbeigeführt sondern der, als dessen Werkzeug der unmittelbare Täter gehandelt hat.

Damit kommen wir zum Kernpunkte unserer Frage: Wann kann ein Mensch Werkzeug sein? Und wir sind nach dem bisher Gesagten in der Lage, zu antworten:

---

[1]) RGE. I S. 46.

Immer, wenn er auf Veranlassung eines andern den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt hat ohne aber Angestifteter im Sinne des § 48 StGB. und der Ausführungen des vorigen Abschnittes zu sein.

a. Als erster und häufigster Fall der mittelbaren Täterschaft sei die Benutzung eines Willensunfreien genannt; und zwar wollen wir zwei Arten der Unfreiheit unterscheiden, die absolute und die relative.

1. Was zunächst die absolute Willensunfreiheit anbelangt, so liegt sie immer vor, wenn der als physischer Täter Benutzte nicht zurechnungsfähig war, m.a W., wenn er sich „z. Zt. der Begehung der Handlung in einem Zustande von Bewusstlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war." Wer einen Geisteskranken also zur Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung veranlasst, wissend, dass er einen Geisteskranken veranlasste, hat die Handlung nicht nur verursacht, sondern auch verschuldet. Er ist anderseits nicht Anstifter, denn er hat nicht einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt. Was der Geisteskranke tut, tut er ohne strafrechtlichen Vorsatz; und wo kein Vorsatz vorhanden ist, da entfällt die Schuld. Das Tun des Geisteskranken ist vielmehr überhaupt nicht als Handlung im Rechtssinne anzusehen,[1]) sondern als entfesselter Naturkausalismus. Der Benutzung eines Geisteskranken zur Begehung strafbarer Handlungen steht — das bedarf wohl keines Beweises — die Benutzung eines Hypnotisierten oder sonst wie in einem Zustande vollständiger Bewusstlosigkeit Befindlichen gleich, nicht die eines Jugendlichen, da wir diesen, wie oben ausgeführt, nicht als willensunfrei ansehen.

Schwieriger sind die Grenzfälle, in denen jemand fälschlicherweise einen anderen für geisteskrank hält oder einen Geisteskranken irrtümlich für gesund.

---

[1]) vgl. oben.
Vgl. dort auch die Stellungnahme von Wissenschaft und Praxis zu dieser Frage.

Im ersten Falle wäre zu sagen, dass der vermeintlich mittelbare Täter durch Einwirkung auf den für geisteskrank Gehaltenen das seinerseis Erforderliche zur Begehung der Straftat bereits getan hat. Dass der vermeintlich Geisteskranke in Wahrheit gar kein Geisteskranker ist, ändert an der Strafbarkeit des „mittelbaren" Täters höchstens insofern etwas, als dieser nur wegen Versuchs strafbar erscheint, und zwar wegen Versuchs mit untauglichen Mitteln, der jedoch, nach dem subjektiven Standpunkt des Reichsgerichts nicht weniger strafbar ist als der taugliche. Diese Entscheidung gilt aber nicht nur für den Fall, dass der vermeintlich Geisteskranke die Tat, zu der er bestimmt werden sollte, nicht zur Ausführung gebracht hat; auch wenn er die Tat ausführt und so zum Angestifteten wird, weil er, wenn auch von einem anderen dazu bestimmt, doch aus freier Entschliessung eine strafbare Handlung begeht, ist der vermeintlich mittelbare Täter wegen untauglichen Versuchs zu bestrafen. Denn sein Versuch ist beendet mit der Hervorrufung des Verbrechensentschlusses in dem vermeintlich Geisteskranken.[1])

Wenn umgekehrt jemand irrtümlich einen Geisteskranken für gesund hält und anzustiften glaubt, so ist zu unterscheiden, ob das Verbrechen zur Ausführung gelangt oder nicht. Wenn nicht, dann liegt versuchte Anstiftung vor, die als solche straflos ist. Hat aber der vermeintlich Angestiftete die Tat als Geisteskranker begangen, so liegt wiederum versuchte Anstiftung vor, gleichzeitig jedoch fahrlässige Begehung der Tat in mittelbarer Täterschaft.[2])

2. Wir kommen nunmehr zu dem, was wir mittelbare Täterschaft unter Benutzung eines relativ Willensunfreien nannten: Sie liegt vor, wenn der physische Täter sich in einem Zustande der Notwehr oder des Notstandes befand, den ein anderer zur Durchführung seiner verbrecherischen

[1]) ebenso v. Liszt S. 220 Not. 8; „beendeter Versuch liegt vor, sobald das weitere der Selbsttätigkeit des Werkzeugs überlassen ist." Vgl. dazu auch die Ausführungen oben.

[2]) Vgl. hier v. Bar, Gesetz II S. 629 und Kohler, Studien, S. 116.

Pläne hervorrief oder sich zunutze machte.

Was die Neigung des § 52 StGB anbelangt, nach dem eine strafbare Handlung nicht vorhanden ist, wenn der Täter durch unwiderstehliche Gewalt oder durch eine mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben . . verbundene Drohung, zu der Handlung genötigt worden ist, so muss man zwischen physischer und psychischer Gewalt unterscheiden.

Liegt physische Gewalt vor, hat also z. B. einer einen andern zu einer Urkundenfälschung die Hand geführt, so liegt auf seiten des Vergewaltigten nicht nur eine Handlung im Rechtssinne nicht vor, so dass, derjenige welcher die Gewalt anwendete, als mittelbarer Täter erscheinen würde, dieser ist unmittelbarer Täter, nicht anders, als wenn er sich zur Begehung des Deliktes der Urkundenfälschung eines leblosen Werkzeuges, einer Schreibmaschine oder Druckerpresse, bedient hätte.[1])

Aber auch, wenn psychische Gewalt vorliegt, wird der Gewalt Anwendende nicht mittelbarer Täter. Wie v. Bar[2]) im Gegensatz zu Borchert,[3]) Frank,[4]) Kohler,[5]) v. Liszt[6]) H. Meyer[7]) und der Praxis des Reichsgerichts[8]) annimmt, muss im Falle einer Drohung im Sinne des § 52 StGB. nicht mittelbare Täterschaft, sondern Anstiftung angenommen werden. So machtvoll auch die Drohung und Gefahr für Leib und Leben auf den Bedrohten einwirken mag, es braucht sich nicht unbedingt von ihnen leiten zu lassen, er steht, wie van Calker[9]) hervorhebt, vor der Wahl, das angedrohte Uebel über sich ergehen zu lassen

[1]) so auch Borchert, S. 104 und van Calker S. 18.

[2]) Gesetz, II S. 626 Note 61 in Uebereinstimmung mit Birkmeyer, Teiln. S. 157, van Calker S. 18 ff; Finger I S. 428; Olshausen § 52 Note 14.

[3]) S. 27.

[4]) Note III

[5]) Archiv S. 114.

[6]) S. 148 Note 2.

[7]) S. 290.

[8]) RGE. Bd. 31 S. 395.

[9]) S. 19.

und nicht zu handeln, oder aber in Gemässheit der Drohung tätig zu werden. Seine freie Willensbestimmung ist zwar beschränkt, aber keineswegs ausgeschlossen. Lässt er sich also durch die Drohungen zur Begehung einer strafbaren Handlung bestimmen, so ist er Angestifteter im Sinne des § 48 StGB., welcher als Mittel der Anstiftung die Drohungen ohne irgend welche Beschränkungen erwähnt. Erreichen die Drohungen die im § 52 StGB. erwähnte Intensität, so ist allerdings der Angestiftete straflos; trotzdem bleibt er Angestifteter, weil § 52 StGB. nicht einen Schuld- sondern einen rein persönlichen Strafausschliessungsgrund enthält.

Ganz anders verhält es sich, wenn der unmittelbare Täter in einem Zustande der Notwehr oder des Notstandes handelt, den ein anderer zur Erreichung seiner verbrecherischen Absichten hervorruft oder sich dienstbar macht

Ein Beispiel: A hetzt den bissigen Hund des B auf C, weil er weiss, dass C einen Revolver bei sich führt und sich vor dem Hunde nicht anders wird retten können, als dadurch, dass er ihn niederschiesst. C handelt hier in dem nicht nur die Strafbarkeit, sondern jede strafrechtliche Schuld ausschliessenden Zustande der Notwehr.[1]) A jedoch, der diesen Zustand vorsätzlich und widerrechtlich geschaffen hat, erscheint hier als (mittelbarer) Täter der Tötung des Hundes; von A aus betrachtet erscheint diese Tötung als vorsätzliche und rechtswidrige Zerstörung einer fremden Sache; A ist somit, da die vom physischen Täter, dem C, begangene Handlung ihm, dem A, zuzurechnen ist, weil er sie schuldhafter Weise verursacht hat, als mittelbarer Täter der Sachbeschädigung[2]) zu bestrafen.

Nicht anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn jemand einen in Bestürzung, Furcht oder Schrecken Befindlichen vorsätzlich zur Ueberschreitung der Notwehr

---

[1]) so die gemeine Meinung. Vgl. Olshausen § 53 Note 3.

[2]) Dass er in idealer Konkurrenz damit gegen die §§ 223 und 366 Ziff. 6 StGB. sich vergangen hat, tut hier nichts zur Sache.

anreizt; z. B. wenn A beobachtet, wie sein Erzfeind B dem C eine Ohrfeige gibt, wie C darüber in Wut gerät und sich zur Wehr setzt; wenn A dann dem bestürzten C zuruft: „Zieh doch deinen Revolver und schiess," und C tut dies, so ist A mittelbarer Täter des Totschlages bezw. des Mordes, denn er hat mit aller zur Begehung dieser Delikte erforderlichen Willensschuld auf sie hingewirkt und sich nur zur Ausführung der Tat eines anderen bedient, der nicht schuldhaft im strafrechtlichen Sinne gehandelt hat, sondern als unbewusstes Werkzeug von A zur Begehung der Tat benutzt worden ist.

Es erübrigt sich, diese Beispiele auch für den Fall des Notstandes[1]) weiter auszuspinnen.

Die Möglichkeit einer mittelbaren Täterschaft in dem Falle, dass der unmittelbare Täter nach gesetzlicher Bestimmung oder durch eine Dienst- oder Gehorsamspflicht zu handeln verbunden war, wie v. Liszt[2]) sie konstruiert, müssen wir ablehnen.[3])

Wenn die Rechtsordnung die unbedingt verbindliche Kraft des Befehls anerkennt, so ist hierin nur ein persönlicher Strafausschliessungsgrund für den Gehorchenden gegeben, und wo auf seiten des zu einer Handlung Bestimmten nur ein persönlicher Strafausschliessungsgrund vorliegt, da ist — das gibt selbst v. Liszt zu[4]) — nicht von mittelbarer Täterschaft, sondern von Anstiftung die Rede, zumal die in einem Befehl für den Fall der Nichtbefolgung enthaltene Drohung als Mittel der Anstiftung im § 48 StGB. genannt ist.[5])

b. Haben wir bisher von den Arten der mittelbaren Täterschaft gehandelt, in denen es dem physischen Täter an der Freiheit des Willens überhaupt oder in concreto

---

[1]) § 54 StGB.

[2]) S. 220; ebenso Finger I 337 und Wachenfeld S. 272.

[3]) Es sei denn, dass der Gehorchende dem Befehlenden gegenüber sich in einer Zwangslage befindet.

[4]) S. 128.

[5]) ebenso Berner, Teiln. S. 282; van Calker S. 22; a. M. Schütze, Lb. S. 282.

mangelte, so werden wir nunmehr diejenigen Fälle mittelbarer Täterschaft zu besprechen haben, in denen es dem unmittelbaren Täter zwar nicht am Willen, wohl aber am Vorsatz fehlte; und zwar entweder an jedem strafbaren Vorsatz überhaupt, oder nur an einer bei gewissen Straftaten vom Gesetz ausser dem Vorsatz noch erforderten Absicht.

Was zunächst den ersten Fall betrifft, so sei er durch folgendes Beispiel erläutert: A will von einem umzäunten Lagerplatz Holz stehlen. Im Zaune befindet sich eine für einen Erwachsenen nicht zugängliche Oeffnung. A sieht einen 10jährigen Knaben, geht auf ihn zu, erzählt ihm, er habe seine Schlüssel zu dem Lagerplatze vergessen und bittet ihn deshalb, durch die Oeffnung zu kriechen und ihm ein paar Stücke des ihm gehörenden Holzes zu holen. Der Knabe weiss also nicht, dass er eine fremde bewegliche Sache wegnimmt, glaubt vielmehr, dem Eigentümer in der Ausübung seines Eigentums behülflich zu sein. Er befindet sich also im Irrtum über Tatbestandsmerkmale, der in Betracht kommenden strafbaren Handlungen des Diebstahls[1]) und des Hausfriedensbruches,[2]) und dadurch ist gemäss § 59 StGB. „die Rechtswidrigkeit seiner Tat ausgeschlossen, die Strafbarkeit entfallen.“[3]) Und nicht nur die Strafbarkeit, sondern, da hier mit Vorsatz im strafrechtlichen Sinne überhaupt nicht gehandelt worden ist, die Schuld.

Ein jeder Teilnehmer ist aber von sich aus zu behandeln und nach seinem Stande zur Sache zu beurteilen. Wo auf seiten des Veranlassten keine Schuld vorliegt, wie verhält es sich da mit dem Veranlassenden?

Zwei Antworten sind auf diese Frage möglich. Die eine gibt die herrschende Lehre, indem sie sagt: aus der akzessorischen Natur der Anstiftung folgt, dass der Veranlassende hier nicht als Anstifter strafbar ist. Denn nach

---

[1]) § 242 StGB.
[2]) § 123 StGB.
[3]) v. Liszt S. 181.

§ 48 StGB. ist Anstifter, „wer einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung . . . vorsätzlich bestimmt hat."

Eine strafbare Handlung ist hier aber nicht begangen, folglich bleibt nur die Möglichkeit, den A als Selbsttäter zu bestrafen, nicht als Anstifter, denn „Anstiftung ist die unselbständige Teilnahme an der Tat eines anderen."[1])

Die andere Antwort gibt Kohler,[2]) indem er sagt: „Der Anstifter ist nicht Teilnehmer, sondern Täter. Er wird daher in der vollen Kraft seiner eigenen Verantwortung als — mittelbarer — Täter getroffen. Die notwendige Folge hiervon wäre, dass A, obgleich der Knabe keine strafbare Handlung begangen hat, aus § 48 StGB. zu bestrafen wäre. Kohler zieht diese Folge nicht; sondern er konstruiert[3]) neben der mittelbaren Täterschaft mit verantwortlichem Werkzeug — von der herrschenden Lehre „Anstiftung" genannt — noch eine andere mittelbare Täterschaft mit nicht verantwortlichem Werkzeug. Diese liege vor, „wenn der faktische Täter in einen solchen Irrtum versetzt wird, dass er seiner Einwirkung auf die Aussenwelt einen ganz anderen Erfolg zuschreibt, oder wenn derselbe durch Drohung zur Tat bestimmt wird, oder . . . unzurechnungsfähig ist."

Dadurch, dass er diese mittelbare Täterschaft anerkennt, gelangt Kohler zu dem selben Ergebnis wie die herrschende Lehre, wenn sie sagt: Der ursächliche Zusammenhang zwischen der Handlung des Veranlassenden und dem eingetretenen Erfolge[4]) wird durch einen ohne Vorsatz Handelnden nicht unterbrochen. Der Veranlassende ist also mittelbar Täter. Dass die mittelbare Täterschaft immer auf Unzurechnungsfähigkeit des als

---

[1]) v. Liszt S. 144.

[2]) Studien S. 110; ebs. in den Bad. Annalen, Bd. 39 S. 201.

[3]) Studien S. 114.

[4]) Wir sagen statt dessen: Die Zurechenbarkeit der Tat wird durch einen ohne Vorsatz Handelnden nicht unterbrochen. Vgl. oben.

Werkzeug Benutzten beruhe, ist, wie auch das Reichsgericht[1]) hervorhebt, durchaus nicht notwendig. Der Grund, weswegen hier nicht der Handelnde, sondern der Veranlassende strafbar wird, ist „in der Verschiedenheit der subjektiven Lage der beiden Personen“ zu suchen.

Wer einen in Unkenntnis oder Irrtum über Tatbestandsmerkmale Befindlichen zur Ausführung einer Tat benutzt, haftet für diese Tat demnach nicht anders, als wenn er selbst unmittelbar sie ausgeführt hätte.[2])

c. Der zweite vorhin erwähnte Fall führt uns auf das schwierige Gebiet des dolosen Werkzeuges.

Sahen wir schon eben, dass die mittelbare Täterschaft durchaus nicht nur durch ein unzurechnungsfähiges Werkzeug möglich ist, sondern dass man sich auch eines Zurechnungsfähigen als Werkzeug bedienen kann, wenn er überhaupt ohne Vorsatz handelt, so werden wir nunmehr sehen, dass der mittelbare Täter sich auch eines Zurechnungsfähigen, vorsätzlich Handelnden bedienen kann, sobald diesem eine für das Delikt erforderte bestimmte Absicht fehlt, während sie beim mittelbaren Täter vorhanden ist. Es muss also der Veranlasste den objektiven, nicht darf er den subjektiven Tatbestand erfüllt, der Veranlasser muss mit vollem Täterdolus gehandelt haben. Wenn diese beiden Voraussetzungen vorliegen, ist die Tat des Veranlassten dem Veranlassenden zuzurechnen, der die für das Delikt erforderliche Absicht hatte, während

---

[1]) RGE. Bd. 24 S. 86 ff.

[2]) ebenso RGE. 3 S. 96 ff; 4 S. 261; 12 S. 68; 18 S. 423; 24 S. 87; 25 S. 400; ferner: Binding, Gr. I S. 146, der nicht mit Unrecht den Ausdruck „mittelbarer Täter“ für ungenau erklärt, weil ein solcher einen unmittelbaren Täter voraussetze und dieser gerade fehle; Birkmeyer, Teiln. S. 158; Borchert S. 102; Finger, I S. 136; Kohler, Gold. A. Bd. 47 S. 119: „Der Einflüsterer ist hier natürlich nicht Anstifter, er ist der indirekte Täter, der durch das Medium des gutgläubigen Dritten handelt.“ Endlich: v. Liszt S. 223; Olshausen § 47 Note 17; Wachenfeld S. 272.

sie dem Veranlassten fehlte.[1]) Als Hauptbeispiel für diesen Fall mittelbarer Täterschaft wird die fehlende Zueignungsabsicht bei Wegnahme einer fremden beweglichen Sache angeführt. Auch diese Zueignungsabsicht ist jedoch ein Gegenstand lebhafter Kontroverse.

§ 242 StGB. verlangt vom Dieb, dass er eine fremde bewegliche Sache einem andern in der Absicht wegnimmt, sie sich rechtswidrig zuzueignen.

Unter dieser Zueignungsabsicht ist die Absicht, den Berechtigten von seinen Rechten an der Sache auszuschliessen, um selbst diese Rechte ausüben zu können, Absicht der „Ausübung des Eigentumsinhalts“[2]) zu verstehen.[3]) An die Eigentumserwerbung im juristischen Sinne des Wortes – darauf weist Dickel hin[4]) — kann nicht gedacht werden, weil der Dieb im Bewusstsein, dass er nicht Eigentum erwerben könne, auch nicht eine dahin gehende Absicht haben kann, sondern gerade diejenige, die Sache zu erlangen, ohne Eigentümer zu werden.

War diese Absicht der rechtswidrigen Zueignung[5]) bei der Wegnahme vorhanden, so ist der Tatbestand des Diebstahls erfüllt. Wie der Dieb dann mit der Sache

---

[1]) So die gemeine Meinung. RGE. 3 S. 99; 14 S. 124; 24 S. 87; 28 S. 110; 31 S. 82; 39 S. 39; Oppenhoff, Rspr. Bd. 13 S. 534; 15 S. 856; ferner: Binding, Gr. I S. 85; Finger, I S. 348; Frank Note IV vor § 47; Graetzer, S. 22; v. Liszt S. 220; Loening GR. S. 99; Majer S. 37 ff.; Merkel S. 140; Meyer-A. S. 206; Olshausen § 47 Note 17; Oppenhoff § 47 Note 4; § 242 Note 42; Ronde S. 31 M. v. Bar, Gesetz II S. 627; v. Helldorff S. 21 ff.; Kohler, Studien S. 129; Meves, i. Allg. d. Strafr.-Ztg. Bd. 13 S. 161; Mittermaier ZStW. 21 S. 255; Wachenfeld S. 272.

[2]) v. Liszt, S. 427.

[3]) So auch Merkel S. 318; Meyer-A. S. 448 und 457; Olshausen § 242 Note 28; Oppenhoff § 242 Note 41; Ullmann S. 66.

[4]) S. 53.

[5]) Unserer Auffassung der Zueignungsabsicht entspricht: RGE. 12 S. 88, während RGE. 10 S. 369, 11 S. 68, 14 S. 121, 21 S. 16, 29 S. 417, 40 S. 11 und RGRspr. 8 S. 751 sowie Goltd. A. Bd. 38 S. 424 die Absicht schon dann für vorliegend erachten, wenn der Wegnehmende auch nur eine einzige Verfügung hat treffen wollen, die als zur ausschliesslichen Zuständigkeit des Eigentümers gehörig betrachtet werden musste.

verfährt, ist eine ganz andere Frage, die nur leider nicht immer von der eben behandelten streng genug geschieden wird. Selbst v. Liszt[1]) hebt diese Scheidung nicht klar hervor, wenn er sagt: „Nicht ist Aneignung die sofortige Vernichtung der Sache, wohl aber das — wenn auch sofortige — entgeltliche oder unentgeltliche Ueberlassen der in den eigenen Gewahrsam gebrachten Sache in einen anderen."

Aus unserer Definition der Zueignungsabsicht folgt leicht, dass das Ueberlassen mit der Aneignungsabsicht garnichts zu tun hat, sondern dass es erst ein Ausfluss der geschehenen Aneignung ist. Dieses Ueberlassen an einen anderen mag Motiv des Diebes gewesen sein, wie schon Hälschner,[2]) v. Schwarze[3]) richtig hervorheben: „Die Absicht der rechtswidrigen Zueignung wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass der Wegnehmende die Sache demnächst einem anderen überlassen will."[4])

Zu weit jedoch gehen Merkel[5]) und das Obertribunal,[6]) wenn sie sagen: „Zum Tatbestand eines Diebstahls genügt die Absicht, die Sache einem Dritten zuzuwenden." Nein, zum Tatbestand des Diebstahls genügt diese Absicht keineswegs, auch nicht nach § 215 des preuss. StGB. von 1851.

Halten wir also fest: Der Tatbestand des Diebstahls ist erfüllt, sobald der Dieb eine fremde bewegliche Sache einem andern in der Absicht weggenommen hat, sie sich rechtswidrig zuzueignen, d.h. in der Absicht, über sie wie über seine eigene zu verfügen.

---

[1]) S. 428.

[2]) Preuss. Strafr. II S. 439.

[3]) § 242 Note 14.

[4]) OTr. b. Oppenhoff, Rspr. 15 S. 225: 17 S. 493; 18 S. 771; ferner: Dickel S. 55; Merkel, Lb. S. 318; Meyer-A. S. 554 Thomsen S. 377.

[5]) in Holtzendorffs Hb. III S. 649.

[6]) in Oppenhoffs Rspr. VIII S. 474.

Aber nicht in allen Fällen, in denen jemand einem anderen eine fremde bewegliche Sache wegnimmt und sie dann einem andern überträgt, hatte er die Zueignungsabsicht.[1])

Mit anderen Worten: Man kann mit Zueignungsabsicht eine Sache wegnehmen und dritten übertragen, man kann aber auch eine Sache wegnehmen und Dritten übergeben, ohne Zueignungsabsicht gehabt zu haben, denn: manche A sind b, aber nicht alle b sind A.

Nicht jede Wegnahme einer fremden Sache setzt also die Absicht der rechtswidrigen Zueignung voraus, so dass nur der als Dieb erscheint, der auch die subjektive Seite des Delikts erfüllt. Dagegen der lediglich nach der objektiven Seite hin tätige Gehülfe als (doloses) Werkzeug anzusehen ist.

Die Gegner dieser Ansicht, zu denen auch Kohler gehört, sind nicht eben zahlreich. Unter ihnen ist es Mittermaier,[2]) der am nachdrücklichsten gegen die mittelbare Täterschaft mit dolosem Werkzeug ankämpft. Wenn er aber nur da eine mittelbare Täterschaft erblicken möchte, „wo der Veranlasser geistig das Tätigwerden eines anderen so völlig leitet, dass dieses allein seinem Geiste zuzurechnen ist," so übersieht er eben den Fall, in dem die zu einem Delikt erforderliche Absicht nicht beim Veranlassten, wohl aber beim Veranlassenden vorliegt. Oder will er etwa beide straflos lassen, diesen, weil er keine

---

[1]) Schon Lassalle sagt 1848 in seiner berühmten Verteidigungsrede wider die Anklage der Verleitung zum Kassettendiebstahl (Gesamtausgabe Bd. 3 S. 284):

„Die Tat an und für sich, die äussere Form, ist nichts; nur durch die sie beseelende Absicht des Täters erhält sie ihren Charakter. Und da zwei Menschen gemeinschaftlich eine und dieselbe Tat einer Entwendung vollbringen können, der eine von einer grossmütigen und uneigennützigen, der andere von einer gewinnsüchtigen, betrügerischen und spitzbübischen Absicht dazu angetrieben, so ist die Tat ein Diebstahl, so weit sie den einen betrifft, sie ist es nicht in Bezug auf den andern.

[2]) a a. O.

Ausführungshandlung vorgenommen, jenen, weil er nicht die erforderliche Absicht gehabt hat?

Kohler[1]) dagegen ist dieser Umstand nicht entgangen, er hat sogar selbst die hier gegebene Argumentation in grossen Zügen vorgezeichnet, um sie dann aber, als auf einem unrichtigen Ausgangspunkte beruhend, wieder zu verwerfen. Die Aneignung nämlich brauche ja nur eine formale zu sein, und es liesse sich kein Grund ersehen, warum derjenige, welcher die Aneignung an einen andern wolle, nicht dem gleichgeachtet werden solle, welcher die Sache sich selbst zueignen wolle.

In der Praxis mag in der Tat in verschiedenen Fällen ein äusserer Unterschied nicht erkennbar sein. Ein innerer Unterschied aber besteht; und zwar ein nach der subjektiven Teilnahmelehre recht wesentlicher. Da wir uns dieser anschliessen, können wir uns auch nicht zu der von Kohler vorgeschlagenen extensiven Interpretation des § 242 StGB. verstehen, wenn auch in den §§ 253, 263, 266, 268, 272, 273, 349 StGB. die Formel gewählt ist: „Um sich oder einem anderen einen (rechtswidrigen) Vermögensvorteil zu verschaffen."

Mit diesem Falle mittelbarer Täterschaft sind die Möglichkeiten erschöpft, in denen Personen als Werkzeug zur Begehung strafbarer Handlungen benutzt werden können. Man könnte höchstens noch an die Fälle denken, in denen jemand fahrlässigerweise zum mittelbaren Täter wird, also z. B. wenn er einen Dolch liegen lässt, den später ein Wahnsinniger ergreift, um einen anderen zu töten,[2]) oder an Fälle der mittelbaren Täterschaft begangen durch Unterlassung.

A giesst z.B. die giftige Medizin in die Flasche, die für die ungiftige bestimmt ist und umgekehrt, ohne die Krankenwärterin auf diese Manipulation aufmerksam zu machen. Stirbt der Patient, weil ihm die Krankenwärterin zu grosse Quantitäten der giftigen Medizin gereicht hat,

[1]) a. a. O.
[2]) vgl. oben.

in der irrigen Annahme, es sei die ungiftige, so ist A mittelbarer Täter der Tötung, begangen durch Unterlassen einer Warnung, zu der er der Krankenwärterin gegenüber durch sein vorheriges Tun rechtlich verpflichtet war.

Die genauere Erforschung dieser Grenzfälle muss jedoch Spezialuntersuchungen vorbehalten bleiben, wie sie in der Tat von Mössmer in seiner Dissertation über die mittelbare Täterschaft angebahnt worden sind.

C.

Anhang: Lösung der Frage de lege ferenda.

Es ist noch übrig, in einem Anhang die hier erörterte Frage nach dem strafrechtlichen Charakter der Handlungen Jugendlicher auch de lege ferenda zu behandeln, zumal seit 1909 ein Entwurf zu einem neuem deutschen Strafgesetzbuche vorliegt.

Die folgenden Ausführungen werden sich jedoch auf die rein strafrechtliche Seite der Frage beschränken, das Fürsorge-Erziehungswesen wie die prozessuale Sonderbehandlung der Jugendlichen als nicht zum eigentlichen Strafrecht gehörend, auszuschalten haben.

Der schwerste Vorwurf, den man dem bestehenden Gesetze machen kann, ist der, dass es über eine so wichtige Frage wie die nach der Zurechnungsfähigkeit Jugendlicher keine entscheidende Antwort gibt, sondern es der Theorie und Praxis überlässt, hier das richtige zu finden. Was schliesslich zu der Folge geführt hat, dass unser höchster Gerichtshof seit Jahrzehnten die betreffenden Paragraphen des Strafgesetzbuches entgegengesetzt auslegt, wie ein nicht unbedeutender Teil der hervorragendsten neueren Strafrechtslehrer.

Ein künftiges Strafgesetz wird sich also klar über diese Frage auszusprechen haben.

Nur in einem Falle wird es sich einer Aeusserung hierüber enthalten können, wenn es nämlich die Ansicht, welche Herzog[1]) schon aus dem bestehenden Gesetze herausliest, zur Norm erhebt und den Unterschied zwischen Schuld und Strafausschliessungsgründen aufhebt.

Nur unter dieser Voraussetzung kann es dahingestellt bleiben, wie man das Tun Jugendlicher bewertet, Teilnahme daran ist jedenfalls möglich, selbst wenn man die Jugendlichen als unzurechnungsfähig ansieht, weil dann auch an Handlungen Unzurechnungsfähiger Teilnahme möglich ist.

Diesen Weg ist der Vorentwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch gegangen.[2]) Damit hat er alle Schwierigkeiten gelöst, die sich für die Beurteilung von Handlungen Jugendlicher bieten: Er spricht klar und deutlich aus, dass man sehr wohl ein Kind von 10 Jahren zu einem Diebstahl anstiften oder in Gemeinschaft mit ihm einen Diebstahl begehen, als Mittäter ausführen, ihm zu einem Diebstahl Hülfe leisten, oder an den von einem Zehnjährigen gestohlenen Sachen Hehlerei begehen kann.

Es bleibt wie unserer Auffassung gemäss schon im bestehenden Recht, so auch in Zukunft dem Ermessen des Richters überlassen, wann er den Jugendlichen als Angestifteten, wann er ihn als blosses Werkzeug ansieht. v. Lilienthal führt in der „vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil V. S. 108 Note 6 aus, dass es naheliege, hier die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Geschäftsunfähigkeit[3])

---

[1]) vgl. oben.

[2]) Dass der Vorentwurf ausserdem die Strafbarkeitsgrenze bis zum 14. Lebensjahr ausdehnt, und das Erfordernis der Einsicht bei Tätern unter 18 Jahren fallen lässt, — was zum Teil in der Einführung der verminderten Zurechnungsfähigkeit im § 63 II Vorentwurfs seinen Grund hat, — interessiert hier nicht weiter.

[3]) BGB. § 104 Ziff. 1.

zum Muster zu nehmen und Kinder unter 7 Jahren stets für unzurechnungsfähig zu halten.[1])

Dieser Vorschlag, den Hamm[2]) sogar zur Gesetzesvorschrift erhoben wünscht, ist für den Vorentwurf überflüssig, denn hier wird gerade der Unterschied zwischen Straf- und Schuldausschliessungsgründen aufgehoben und im § 80 ausdrücklich betont, dass persönliche Eigenschaften des Täters auf die Strafbarkeit des Teilnehmers keinen Einfluss haben.

Sollten die Bestimmungen des Vorentwurfs über Zurechnungsfähigkeit, die übrigens v. Liszt[3]) aufs heftigste angreift, weil der Gesetzgeber nicht dekretieren könne, dass die Unzurechnungsfähigkeit als rein persönlicher Strafausschliessungsgrund aufzufassen sei, jedoch nicht zur Annahme durch die gesetzgebenden Faktoren gelangen, und sollten die §§ 55/56 RStGB. sich auch in ein künftiges Strafgesetzbuch hinüberretten, so wird es sich empfehlen, hinsichtlich der Teilnahme an Handlungen Jugendlicher einen festen Grundsatz zum Ausdruck zu bringen, etwa in der Form:

> „Teilnahme an Handlungen von Personen, die bei Begehung der Tat noch nicht das 18. Lebensjahr erreicht haben, ist als solche strafbar, auch wenn festgestellt wird, dass der Täter nicht mit der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht die Tat begangen hat."

---

[1]) Zu einem ähnlichen Ergebnis allerdings hinsichtlich der Höchstgrenze kommt Krafft - Ebing S. 58, wenn er erst mit dem vollendeten 21. Lebensjahre die volle Zurechnungsfähigkeit beginnen lassen will, weil nach Forschungen der menschlichen Entwickelungsgeschichte das menschliche Gehirn erst mit vollendetem 21. Jahre seine volle Entwickelungshöhe erreicht habe, und die psychologische Leistungs- resp. die Zurechnungsfähigkeit von der Entwickelungsstufe des Gehirns abhänge.

[2]) vgl. DJZ. 1911 Nr. 1.

[3]) 30 S. 254 ff.

III.

Fassen wir nunmehr die Resultate unserer Untersuchungen zusammen, so ergibt sich das Folgende:

Nach geltendem Reichsstrafrecht unter Auslegung der §§ 55/56 StGB. in Uebereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts ist für die Jugendlichen sowohl bis zum 12. Jahre als auch im Alter zwischen 12 und 18 Jahren, gleich, ob sie in diesem Falle die zur Erkenntnis der Strafbarkeit ihrer Handlungen erforderliche Einsicht besassen oder nicht, ein persönlicher Strafausschliessungsgrund gegeben, nicht ein Schuldausschliessungsgrund, wenn auch in betreff jener eine strafrechtliche Verfolgung ausgeschlossen, betreffs dieser bei festgestelltem Fehlen der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht auf Freisprechung zu erkennen ist.

Was Begehung strafbarer Handlungen durch Jugendliche und Teilnahme an ihren Handlungen betrifft, so stehen sie den Erwachsenen gleich, können folglich als Werkzeug zu strafbaren Handlungen nur in den Fällen benutzt werden, in denen Erwachsene es können, also nur, wenn die Bedingungen, unter denen sie als Angestiftete betrachtet werden müssen, nicht sämtlich erfüllt sind; d.h.:

erstens, wenn sie überhaupt willensunfrei handeln, wie der Geisteskranke, Hypnotisierte;

zweitens, wenn sie im besonderen Falle willensunfrei handeln, wie der in einem Zustande der Notwehr oder des Notstandes Befindliche;

drittens, wenn sie ohne Vorsatz handeln, wie der, welcher das Vorhandensein zum gesetzlichen Tatbestand gehörender Umstände nicht kennt;

viertens, wenn sie ohne die zum Tatbestand gewisser Delikte erforderliche bestimmte Absicht handeln, als sogenanntes „dolose Werkzeug,“ wie der, welcher eine fremde bewegliche Sache einem andern wegnimmt, ohne die Absicht, sie sich rechtswidrig zuzueignen.

In allen diesen vier Fällen, aber auch nur in diesen, können Jugendliche als Werkzeug zu strafbaren Handlungen benutzt werden.

Festzustellen, ob sie im einzelnen Falle Werkzeug oder Angestiftete gewesen sind, ist Sache des erkennenden Richters.

De lege ferenda empfiehlt es sich, die bisherige Unklarheit des Gesetzes durch Einführung eines neuen, die Teilnahme an Handlungen Jugendlicher besonders regelnden Paragraphen zu beheben, oder wie es der Vorentwurf getan hat, den Unterschied zwischen Straf- und Schuldausschliessungsgründen durch positive Gesetzesvorschrift aufzugeben.

Lebenslauf

Am 19. April 1888 wurde ich zu Berlin als der einzige Sohn des Kaufmanns Feodor Lehmann und seiner Ehefrau Helene, geb. Hollaender, geboren.

Meine Schulbildung erhielt ich von der untersten Vorschulklasse an auf dem Berliner Königlichen Wilhelmsgymnasium, das ich Michaelis 1906 mit dem Zeugnis der Reife verliess.

Zum Studium der Rechts- und Staatswissenschaften bezog ich sodann die Universität Edinburgh, später studierte ich in Paris, München und Berlin.

Am 13. Juni 1910 bestand ich vor der Kgl. Prüfungskommission des Kammergerichts das Referendarexamen, am 27. Juli des selben Jahres vor der Juristenfakultät Rostock die Doktorprüfung.

Zu meiner praktischen Ausbildung bin ich seit dem 4. August 1910 dem Amtsgericht Perleberg überwiesen.

Es gereicht mir zur besonderen Ehre, den Herren Professoren Kirkpatrick, Mackintosh, Schlapp, Brentano, v. Stengel, Kohler, v. Gierke, Goldschmidt, v. Liszt und Seckel für die Lehren und Anregungen, die ich in so reichem Masse aus ihren Vorlesungen empfangen habe, sowie Herrn Prof. Dr. Wachenfeld für seinen gütigen Bericht über diese Arbeit, an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank aussprechen zu können.

V. L.

Berichtigungen.

Seite 9, Abs. II: Handlungen, statt Handlung.
„ 19, „ B.: Immer Werkzeug, statt Werkzeuge.
„ 23, „ 2: Theorien, statt Theorie.
„ 30, „ 2: Nichts anderes, statt nicht anderes.